

COUR ADMINISTRATIVE

Numéro du rôle: **23722C**
Inscrit le 29 novembre 2007

Audience publique du 10 avril 2008

**Appel interjeté par
l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg contre un jugement rendu par le
tribunal administratif le 22 octobre 2007 (no 22403 du rôle) sur recours de
Monsieur ...,
en matière de discipline**

Vu la requête d'appel, inscrite sous le numéro 23722C du rôle et déposée au greffe de la Cour administrative le 29 novembre 2007 par Madame le délégué du gouvernement Monique ADAMS, agissant en nom et pour compte de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, sur base d'un mandat lui conféré par le ministre des Finances en date du 16 novembre 2007, dirigée contre un jugement rendu par le tribunal administratif le 22 octobre 2007, par lequel ledit tribunal reçut et déclara justifié le recours en réformation introduit le 9 janvier 2007 par Monsieur ..., inspecteur auprès de l'administration des Contributions directes, demeurant à ..., contre une décision du Conseil de discipline des fonctionnaires de l'Etat du 7 novembre 2006 prononçant à son encontre la sanction disciplinaire de la révocation et l'ayant condamné aux frais de la procédure ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 31 décembre 2007 par Maître Fernand ENTRINGER, avocat à la Cour, au nom de Monsieur ..., préqualifié ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe de la Cour administrative le 17 janvier 2008 par Madame le délégué du gouvernement Monique ADAMS pour compte de l'Etat appelant ;

Vu le mémoire en duplique déposé au greffe de la Cour administrative le 24 janvier 2008 par Maître Fernand ENTRINGER au nom de l'intimé ;

Vu les pièces versées en cause et notamment le jugement entrepris ;

Le rapporteur entendu en son rapport et Madame le délégué du gouvernement Monique ADAMS, ainsi que Maître Benoît ENTRINGER, en remplacement de Maître Fernand ENTRINGER, en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 18 mars 2007.

Intervenant suite à une instruction disciplinaire diligentée à l'encontre de Monsieur ..., inspecteur auprès de l'administration des Contributions directes, le Conseil de discipline des fonctionnaires de l'Etat, ci-après désigné par le « *Conseil de discipline* », statuant en son audience publique du 7 novembre 2006, prononça à l'encontre de Monsieur ... la sanction disciplinaire de la révocation.

La décision du Conseil de discipline est motivée comme suit :

« Vu le dossier disciplinaire constitué à charge de ... par le commissaire du Gouvernement chargé de l'instruction disciplinaire, ci-après le commissaire du Gouvernement, régulièrement saisi en application de l'article 56.2 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, ci-après le statut, par le Ministre des Finances le 14 avril 2006 et transmis pour attribution au Conseil de discipline par lettre du 26 septembre 2006.

Vu le rapport d'instruction disciplinaire ainsi que le rapport complémentaire finalisés respectivement les 5 et 26 septembre 2006.

Entendu à l'audience publique du Conseil de discipline du mardi, 24 octobre 2006, ... en ses explications et moyens de défense ainsi que le délégué du Gouvernement Guy Schleder en ses conclusions.

Le Conseil est régulièrement saisi de l'affaire par lettre du commissaire du Gouvernement du 26 septembre 2006, conformément aux dispositions de l'article 56.5 c) du statut.

En date du 3 mai 2006, ... a été suspendu de ses fonctions par le commissaire du Gouvernement en application des articles 48, 51, alinéa deux et 56.3, alinéa 3 du statut. Cette suspension a été confirmée par le Ministre du ressort le 4 mai suivant.

D'emblée le Conseil relève que les faits reprochés au fonctionnaire présumé fautif sub c) du rapport d'instruction ayant trait à l'émission d'avis de contrôle sont prescrits pour être antérieurs au 14 avril 2003.

Il résulte du dossier disciplinaire, librement discuté à l'audience du Conseil, que ..., inspecteur auprès de l'Administration des Contributions Directes, a la qualité d'associé et d'administrateur de plusieurs sociétés civiles immobilières, toutes établies et ayant leur siège social à son domicile privé (...), à savoir :

- ... s.c.i. (50 sur 100 parts sociales)
- ... s.c.i. (50 sur 100 parts sociales)
- ... s.c.i. (49 sur 100 parts sociales)
- ... s.c.i. (10 sur 30 parts sociales).

A cet égard, il est avéré et non autrement contestable, quelque soit la théorie fiscale invoquée par le fonctionnaire prévenu, qu'au moins deux de ces sociétés exercent une activité commerciale.

En effet, d'une part les parts de la société ... ont été détenues majoritairement depuis 2005 par la société anonyme ... à vocation commerciale. Le fait d'avoir, par décision de l'assemblée générale du 31 mars 2006, réparti à égalité les parts détenues par ... et la société anonyme ..., et d'avoir nommé, en lieu et place du fonctionnaire prévenu, ... administrateur unique de cette société, n'est pas de nature à enlever le caractère fautif au comportement du fonctionnaire.

D'autre part, la société ... a vendu en 2003 un appartement sis ... , acquis en 2001, avec une plus-value brute de 70.000 € et en 2004 un appartement sis ... , acquis en 2003, avec une plus-value brute de 20.000 €. ... reste toujours en défaut de fournir une explication plausible à l'origine de ces opérations immobilières, celle donnée au commissaire du Gouvernement (cf. p. 6/16 du rapport) et maintenue devant le Conseil n'étant pas de nature à emporter la conviction du Conseil et est d'ailleurs sans pertinence au regard de l'article 14 du statut. S'y ajoute que le fonctionnaire est en aveu d'avoir signé en sa qualité d'administrateur de la société ... des actes d'achat et de vente de biens immobiliers pour compte de la société commerciale ..., gérée par la société

A défaut par le Conseil de disposer de plus amples renseignements sur l'activité des autres sociétés, il convient cependant de relever que le fonctionnaire présumé fautif n'a jamais donné une explication plausible quant à l'objet desdites sociétés, de sorte que le Conseil tient pour établi qu'elles n'avaient pour objet la gestion de ses biens propres et qu'elles ont été créées dans un esprit de lucre.

..., préposé-adjoint du bureau d'imposition ..., a par ailleurs contrôlé et avisé le bulletin d'impôt de son associé ..., fait selon lui courant dans l'Administration des Contributions, ce qui n'est pas établi. C'est en vain qu'il entend justifier son comportement, inconciliable avec les devoirs d'indépendance et de neutralité inscrits à l'article 14 (1) du statut, par le fait que le préposé du bureau aurait personnellement contrôlé l'imposition de son associé, vu les déclarations faites sous la foi du serment par le préposé dudit bureau qui affirme avoir « contresigné le dossier », la vérification des déclarations faites par ... ayant été du seul ressort de

Ces faits constituent en conséquence des manquements aux articles 9 et 10, point 1 ainsi qu'aux articles 14, points 1, 3, 5 et 6 du statut.

Il est encore établi par le dossier disciplinaire que ... a délibérément annulé en date du 20 janvier 2006 l'astreinte de 800 € notifiée le 7 novembre 2005 à la société ... pour non-dépôt de la déclaration d'impôt pour l'année 2003, le bureau d'imposition compétent ayant fait signifier à la société une sommation-astreinte le 30 août 2005. Les justifications avancées par ... sont énervées par les déclarations de ..., de ... et de ... entendus sous la foi du serment, auxquelles le Conseil renvoie. ... reste par ailleurs en défaut d'expliquer son intervention sur le site d'imposition de cette société qui ne relève pas de son ressort.

A supposer même que l'annulation de l'astreinte soit le résultat d'une manipulation malencontreuse et accidentelle du fichier, tel que le soutient ... et abstraction faite que le Conseil ne comprend pas, vu les explications détaillées données par ..., au regard de la complexité des opérations à effectuer pour annuler une opération enregistrée dans le programme et le système de protection des données y intégré, qu'une telle annulation passe inaperçue, il reste toujours qu'il aurait appartenu au fonctionnaire présumé fautif de

s'assurer que l'astreinte soit rétablie rapidement, ce qui manifestement n'est pas établi au regard des éléments du dossier soumis au Conseil.

Ces manquements constituent des infractions aux dispositions des articles 9.1, 10.1, 11 et 14.1 du statut.

L'article 53 du statut dispose que l'application des sanctions se règle notamment d'après la gravité de la faute commise, la nature et le grade des fonctions et les antécédents du fonctionnaire inculqué ».

... est entré en service le 16 mai 1991 et tient sa nomination de juin 1994. Préposé adjoint au bureau d'imposition... au moment des manquements lui reprochés, il a été muté pour raisons de service au bureau d'imposition « ... » le 6 avril 2006, mutation qu'il considère à tort comme sanction disciplinaire indirecte, dès lors qu'elle est motivée par les besoins impérieux du service.

Aucun antécédent disciplinaire ne résulte du dossier auquel le Conseil peut avoir égard.

Les manquements retenus à charge du fonctionnaire prévenu sont incontestablement très graves.

S'y ajoute qu'il y a lieu de retenir au titre de circonstances aggravantes qui se sont révélées après la décision de suspension de ses fonctions :

- le fait d'avoir créé le 12 juillet 2006, soit pendant la période de suspension et alors qu'il a continué à toucher sa rémunération, une société à responsabilité limitée unipersonnelle ... ayant pour objet tous travaux de fiscalité directe et indirecte, le conseil en investissements immobiliers, l'achat, la vente la gérance et la mise en valeur d'immeubles ainsi que toutes activités annexes et préparatoires se rapportant directement et indirectement à son objet ;

- le fait d'avoir menti au commissaire du Gouvernement lors de son audition du 8 mai 2006 en affirmant n'être associé, gérant ou administrateur d'autres sociétés que celles mentionnées dans l'interrogatoire, étant donné qu'il s'est révélé au cours de l'instruction que ... a acquis le 19 janvier 2006 50 parts de la société de ..., qu'il a remplacé en qualité d'administrateur. La renonciation de son mandat en qualité d'administrateur de cette société le 31 mars 2006 n'amointrit pas la gravité objective de son acte.

Lors des débats devant le Conseil, ... n'a exprimé aucun regret quant à son comportement inconciliable avec les devoirs d'un fonctionnaire tels que définis au chapitre 5 du statut.

Il ne semble dès lors pas avoir pris conscience de ses manquements inconciliables avec les devoirs lui imposés par le statut, étant rappelé qu'il a prêté serment avant d'entrer en fonctions de remplir ses fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité. »

Le 9 janvier 2007, Monsieur ... saisit le tribunal administratif d'un recours en réformation dirigé contre cette décision du Conseil de discipline.

Par jugement du 22 octobre 2007, le tribunal administratif reçut le recours en réformation en la forme et au fond, le dit justifié, annula la décision déferée en ce qu'elle a prononcé à l'encontre de Monsieur ... la sanction disciplinaire de la révocation et prononça, par voie de

réformation, la sanction disciplinaire du déplacement consistant dans un changement d'administration, tout en maintenant sa condamnation aux frais de la procédure tels que liquidés par le conseil de discipline dans sa décision, avec renvoi du dossier au Conseil de discipline aux fins de transmission à l'autorité compétente pour arrêter les modalités concrètes du changement d'administration et en condamnant le demandeur aux frais de l'instance contentieuse.

Le 29 novembre 2007, Madame le délégué du gouvernement Monique ADAMS, agissant en nom et pour compte de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, sur base d'un mandat lui conféré par le ministre des Finances en date du 16 novembre 2007, a déposé une requête d'appel, inscrite sous le numéro 23722C du rôle, dirigée contre le jugement précité du 22 octobre 2007.

Il est reproché aux premiers juges de ne pas avoir confirmé la décision du Conseil de discipline du 7 novembre 2006, par laquelle la révocation a été prononcée à l'encontre de Monsieur

A l'appui de son appel, à travers de l'acte d'appel et du mémoire en réplique, l'Etat estime avoir été légalement exempté de la formalité de procéder à la signification de son acte d'appel, de sorte que la procédure serait régulière sous ce rapport.

Il est en premier lieu conclu à l'irrecevabilité du recours introductif de première instance. Le délégué du gouvernement, qualifiant le moyen afférent de moyen nouveau recevable comme tel, relève le fait que suite à la décision du Conseil de discipline, l'intimé aurait été révoqué par arrêté grand-ducal du 1^{er} décembre 2006 et qu'il aurait omis d'exercer, simultanément avec son recours contre la décision du Conseil de discipline, un recours contre cette décision de l'autorité de nomination, de sorte que cette dernière serait coulée en force de chose décidée. Or, selon le délégué, comme l'arrêté grand-ducal de révocation et la décision du Conseil de discipline formeraient un « *ensemble indissociable* », le recours introduit contre la seule décision du Conseil de discipline devrait à l'heure actuelle être déclaré irrecevable.

Au fond, l'Etat reproche aux premiers juges de ne pas avoir reconnu la gravité des manquements statutaires retenus à charge de Monsieur ... et d'avoir réduit la sanction à un simple déplacement consistant dans un changement d'administration.

Selon la thèse étatique, il se dégagerait des éléments du dossier disciplinaire qu'au moins deux des sociétés civiles immobilières dont l'intimé est un des associés, à savoir la société ... et la société ..., exerceraient une activité commerciale. Concernant, d'une part, la société ..., du fait que la majorité de ses parts est détenue par la société ..., l'activité de celle-ci serait à qualifier d'activité commerciale par application de la « *Geprägetheorie* » et, d'autre part, la société ..., ce serait à tort que les premiers juges se sont basés exclusivement sur les deux ventes d'appartements opérées en 2003 et 2004, dont le caractère spéculatif résulterait du dossier disciplinaire, pour exclure le caractère répétitif et habituel de l'activité d'achat et de revente dans le chef de cette même société, et par conséquent le caractère commercial de ses activités.

En effet, comme l'intimé serait en aveu d'avoir signé d'autres actes d'achat et de vente d'immeubles en qualité de représentant de la société ..., qui serait le gérant administratif de la société commerciale ... S. à r.l., le caractère répétitif et habituel de l'activité de négoce d'immeubles serait établi à suffisance.

Le délégué estime en outre que les manquements statutaires aux points 5 et 6 de l'article 14 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, ci-après désigné par « *le statut général* », seraient d'autant plus graves du fait que l'intimé est préposé adjoint d'un bureau d'imposition, cette fonction requérant un comportement professionnel irréprochable.

Concernant la vérification de la déclaration fiscale de Monsieur ..., les premiers juges auraient admis à juste titre que l'intimé a méconnu son devoir d'indépendance et de neutralité par le fait d'avoir, en sa qualité de préposé adjoint du bureau d'imposition Luxembourg 1, contrôlé et avisé le bulletin d'impôt de son associé, Monsieur ..., mais ils auraient en outre dû qualifier ce comportement de « *incontestablement très grave* ». En effet, au regard de l'importance des fonctions et responsabilités d'un préposé adjoint d'un bureau d'imposition, qui, au même titre que le préposé, serait obligé de juger à lui tout seul les limites de son impartialité et les risques de conflit y inhérents, il ne pourrait pas valablement invoquer l'absence de réglementation ou d'instructions concrètes internes à ce sujet pour justifier ses propres négligences commises dans ce contexte. Au contraire, l'intimé aurait dû lui-même reconnaître qu'il ne pourrait en aucun cas procéder à l'imposition des revenus de son associé, « *tout en sachant pertinemment que ces revenus ne comprennent pas seulement les revenus provenant d'une activité indépendante (...), mais également des revenus réalisés au niveau des sociétés civiles immobilières litigieuses dans lesquelles le sieur ... est associé au même titre que le sieur ...* ». D'ailleurs, les liens entretenus par l'intimé avec le sieur ... auraient été de nature professionnelle et intéressée, de sorte à dépasser « *les relations entretenues avec des membres de sa famille, des amis ou d'autres connaissances quelconques* ».

Le délégué prend ensuite position par rapport à l'annulation de l'astreinte fixée à l'encontre de la société ..., soutenant que les premiers juges auraient méconnu la gravité extrême de cette action.

L'Etat approuve les premiers juges en ce qu'ils ont retenu les circonstances aggravantes à charge de l'intimé, en raison de la constitution sans autorisation d'une société commerciale, notamment en vue d'exercer des activités de fiduciaire, ainsi que de ses déclarations malhonnêtes quant à ses autres activités professionnelles et commerciales en cours de procédure disciplinaire. Il désapprouve cependant le fait que les premiers juges n'ont pas pris en considération la réaction de l'intimé face à sa réaffectation, étant relevé qu'après avoir protesté à son encontre, il serait tombé malade.

L'intimé, à travers son mémoire en réponse et son mémoire en duplique, conclut à la caducité de l'acte d'appel, sinon à la confirmation pure et simple du jugement entrepris.

A l'appui du moyen de caducité de l'acte d'appel, l'intimé fait valoir que l'Etat appelant n'aurait pas respecté le prescrit de l'article 39 (2) de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, qui exigerait « *une signification de la requête d'appel dans le délai d'un mois du dépôt de la requête au greffe* ».

Sur ce, l'intimé relève de prime abord que l'Etat se ferait dorénavant représenter par un autre délégué du gouvernement que celui qui a assuré la défense de ses intérêts en première instance et qu'au fond, sa position aurait changé d'orientation.

Concernant le moyen d'irrecevabilité du recours introductif de première instance, tel que soulevé par l'Etat appelant, l'intimé fait soutenir que la décision du Conseil de discipline

serait la seule « *décision administrative faisant grief* » et également la seule décision susceptible de faire l'objet d'un contentieux, de sorte que son recours contentieux serait parfaitement recevable.

Dans ce contexte, « *à supposer, ceci en ordre subsidiaire, que tel n'ait pas été le cas* », l'intimé estime que le « *délégué* » ne peut pas, en deuxième instance, plaider des choses qu'il n'a pas soulevées ou que son homologue n'a pas soulevées en première instance. Selon la thèse de l'appelant, le silence du délégué en première instance « *vaut acquiescement à la procédure* » et « *qu'on ne peut appeler que ce qui a été jugé* ».

Au fond, l'intimé réitère en instance d'appel les arguments développés par lui devant les premiers juges.

Ensuite il soulève la question de savoir « *si l'argumentaire du nouveau délégué du Gouvernement est recevable, alors que celui-se borne à rependre l'argumentaire de première instance, sans dire en quoi la motivation des premiers juges est défaillante par rapport à cet argumentaire, ou, en d'autres termes, sans dire de façon expresse quel aurait dû être l'argumentaire des premiers juges* ». Se référant à l'article 154 du Nouveau code de procédure civile, il est estimé que les moyens d'appel n'auraient pas été indiqués avec une précision suffisante, de sorte que l'appel serait à « *abjurer* ».

Sur ce, il est reproché à l'Etat d'adopter « *une attitude parfaitement schizophrène* », au motif que lors des plaidoiries en première instance, le délégué du gouvernement y présent aurait « *expressément déclaré qu'à son sentiment la peine infligée à ..., eu égard au dossier instruit devant le Conseil de Discipline, était excessive, gravement disproportionnée par rapport aux faits qui étaient reprochés à l'intimé* » et que l'on ne comprendrait pas que l'Etat puisse revenir en arrière pour requérir à nouveau la révocation de l'intimé.

L'intimé entend ensuite attirer l'attention de la Cour sur différents points, à savoir :

- que beaucoup de gens sont propriétaires de sociétés civiles et gèrent leur patrimoine mobilier ou immobilier à travers des sociétés civiles pour des raisons les plus diverses, ne fût ce pour éviter que ces biens ne tombent, ultérieurement, sous le régime du droit des successions et qu'il ne serait prouvé nulle part que lui-même, par la gestion qu'il a faite des sociétés civiles dont est question en cause, ait dépassé le terrain de la stricte gestion de fortune, c'est-à-dire le terrain civil, pour déboucher sur le domaine commercial ;
- que des transactions immobilières, sauf si elles sont faites par une société commerciale, ne seraient pas commerciales *per se* et qu'elles ne sauraient le devenir que par la répétition, qui ne serait pas vérifiée en l'espèce ;
- que la « *Geprägetheorie inventée par les fiscalistes allemands* » ne saurait être applicable en l'occurrence pour ne pas valoir en matière civile ou administrative ;
- que ce ne serait pas le nombre des sociétés civiles qui serait relevant, seul le nombre des opérations effectuées à l'intérieur de chaque société civile ayant d'importance ;
- qu'à lire le dossier de l'intimé, l'on aurait « *l'impression que l'Administration découvre la possibilité de conflits d'intérêts en matière d'imposition, possibilité d'autant plus réelle que notre pays est petit et que donc les situations conflictuelles sont proportionnellement plus* ».

importantes que dans un pays plus grand ». Or, par acquis de conscience, lui-même aurait soumis les impositions de Monsieur ... à son chef hiérarchique pour vérification et ce dernier n'aurait pas contesté les contrôles de ... ;

- que l'on ne saurait lui reprocher de ne pas s'être abstenu de faire ces impositions, étant donné qu'il aurait appartenu à l'Etat de créer des règles de conduite pour ses fonctionnaires, afin que chacun sache objectivement à quoi s'en tenir ;

- que l'annulation de l'astreinte serait due à une « *manutention malheureuse qui ne saurait faire l'objet d'une qualification excessive, notamment eu égard au dossier répressif qui a été versé en cause* » et que s'il « *avait voulu gommer* » cette astreinte sans que de prime abord cela ne se sache et sans que de soupçon ne tombe sur lui, il s'y serait pris autrement ;

- que la création en juillet 2006 d'une nouvelle société commerciale par lui resterait sans lien avec les reproches produits à son encontre dans la procédure disciplinaire ;

- que l'on ne saurait lui reprocher sa maladie, sauf à prouver la fausseté du certificat médical, ce qui ne serait point le cas en l'espèce. D'ailleurs, il serait tombé malade à cause du harcèlement dont il aurait été la victime à son lieu de travail.

QUANT À LA CADUCITÉ DE L'ACTE D'APPEL

Il est vrai que l'article 39 (2) de la loi précitée du 21 juin 1999 dispose que « *faute par le requérant de signifier son recours [i.e. un appel contre un jugement du tribunal administratif] dans le mois du dépôt du recours, celui-ci est caduc* ».

Il est cependant vrai encore que l'article 50 ladite loi du 21 juin 1999 prévoit que « *par dérogation à l'article 39, en cas d'appel interjeté de la part de l'Etat, le greffier communique, selon les formalités prévues à l'article 34, aux parties en cause en première instance copies de la requête d'appel, des mémoires et pièces fournies. (...)* ».

Or, en présence de cette dérogation légale expresse, l'exception fondée sur la prétendue caducité de l'appel laisse d'être fondée en droit. Elle est partant à rejeter.

L'appel est encore recevable pour avoir été introduit dans les formes et délai de la loi. – Il convient de préciser en cet endroit que le moyen de l'intimé relativement à l'insuffisance de précision de la requête d'appel, moyen qui ne touche pas au fond de l'affaire, mais qui a trait à la recevabilité de l'appel, laisse d'être fondé. En effet, l'article 41 (1) de la loi précitée du 21 juin 1999 exigeant un « *exposé sommaire des faits et des moyens invoqués* », il appert à la lecture de l'acte d'appel que l'Etat n'y a point contrevenu en formulant des moyens de réformation du jugement entrepris qui sont à la fois clairs et précis. Par ailleurs, en présence d'une disposition spécifique afférente, il n'y a pas besoin de combler une prétendue lacune en la matière par un recours aux règles de la procédure civile, comme l'estime l'intimé.

QUANT AU MOYEN D'IRRECEVABILITE DU RECOURS INTRODUCTIF DE PREMIERE INSTANCE

Selon le délégué du gouvernement, le recours contentieux de Monsieur ... est à déclarer irrecevable pour ne viser que la seule décision du Conseil de discipline, c'est-à-dire pour avoir omis de viser l'arrêté grand-ducal précité du 1^{er} décembre 2006.

L'intimé conclut en premier lieu au rejet de ce moyen pour manquer de fondement et, subsidiairement, à l'irrecevabilité du moyen pour ne pas avoir été soulevé en première instance.

Etant donné que la logique juridique impose d'examiner la recevabilité d'un moyen avant de procéder, le cas échéant, à l'analyse de son bien-fondé ou de son mal-fondé, il convient partant d'inverser l'ordre des deux volets de l'argumentaire de défense de l'intimé.

Ceci étant, bien que présenté pour la première fois en appel, le moyen d'irrecevabilité de l'Etat est recevable, étant donné que l'article 41 (2) de la loi précitée du 21 juin 1999 prohibe certes les demandes nouvelles en instance d'appel, mais admet expressément les moyens nouveaux et que force est de constater que ledit moyen ne véhicule point une demande nouvelle en appel, mais un simple moyen de défense nouveau, qui a en outre pu être librement discuté par les parties à l'instance, de sorte qu'aucune atteinte aux droits de la défense n'est vérifiée.

Concernant le bien-fondé du moyen étatique nouveau, étant donné que le Conseil de discipline est un organe de décision, que c'est sa décision qui clôturera la procédure disciplinaire et que l'autorité de nomination, qui est légalement tenue d'appliquer la sanction disciplinaire conformément à la décision du Conseil de discipline, agit dans le cadre d'une compétence liée, le fait que le demandeur initial n'a pas dirigé son recours contentieux contre l'arrêté grand-ducal du 1^{er} décembre 2006, simple acte d'exécution de la décision du Conseil de discipline du 7 novembre 2006, n'est pas de nature à préjudicier la recevabilité de son recours.

Il s'ensuit que le moyen d'irrecevabilité étatique manque de fondement et doit être écarté.

QUANT AU FOND

Concernant le reproche d'« *une attitude parfaitement schizophrène* » que l'Etat adopterait, c'est-à-dire le reproche à l'adresse de l'Etat de ne pas se comporter de façon cohérente, c'est à bon droit que l'Etat y oppose la considération que la procédure devant les juridictions administratives est essentiellement écrite. En effet, de ce principe, il convient de dégager que les conclusions écrites priment en principe les observations orales contraires faites à l'audience.

En l'espèce, il se dégage de l'examen et de la confrontation des conclusions écrites formulées en nom et pour compte de l'Etat, en première instance et en instance d'appel, que l'Etat a toujours conclu à la confirmation de la sanction prononcée par le Conseil de discipline et qu'aucune incohérence n'appert sous ce rapport.

Or, face à des conclusions écrites qui se présentent de façon cohérente, la Cour ne saurait en tout état de cause pas avoir égard à des conclusions orales faites en première instance allant le cas échéant en sens contraire. Il s'ensuit que l'argumentaire afférent est à écarter, sans qu'il n'importe encore de rechercher la teneur exacte des propos du représentant étatique présent lors des plaidoiries en première instance.

La Cour est ensuite appelée à examiner les trois séries de reproches formulés et retenus à charge de l'intimé au regard de la matérialité des faits et de leur qualification juridique.

Le Conseil de discipline retient en premier lieu des manquements aux articles 9 et 10, point 1 ainsi qu'aux articles 14, points 1, 3, 5 et 6 du statut général en raison de ce que l'intimé aurait exercé, par l'entremise de différentes sociétés, une activité commerciale non autorisée et par le fait d'avoir contrôlé et avisé un bulletin d'impôt de son associé, Monsieur

L'article 9 du statut général dispose notamment que le fonctionnaire est tenu de se conformer consciencieusement aux lois et règlements qui déterminent les devoirs que l'exercice de ses fonctions lui impose.

En vertu de l'article 10.1 première phrase du statut général, *« le fonctionnaire doit, dans l'exercice comme en dehors de l'exercice de ses fonctions, éviter tout ce qui pourrait porter atteinte à la dignité de ses fonctions ou à sa capacité de les exercer, donner lieu à scandale ou compromettre les intérêts du service public »*.

L'article 14.1 du statut général appelle le fonctionnaire de se tenir *« aux devoirs de disponibilité, d'indépendance et de neutralité »* et dispose qu'*« aucune activité accessoire au sens du présent article ne peut être exercée ou autorisée si elle ne se concilie pas avec l'accomplissement consciencieux et intégral des devoirs de la fonction ou s'il y a incompatibilité, de fait ou de droit, au regard de l'autorité, de l'indépendance ou de la dignité du fonctionnaire »*. L'article 14.3 interdit au fonctionnaire *« d'avoir un intérêt quelconque, par lui-même ou par personne interposée, sous quelque dénomination et sous quelque forme juridique que ce soit, dans une entreprise soumise au contrôle de son administration ou service, ou en relation avec son administration ou service »*.

Les points 5 et 6 dudit article 14 font interdiction au fonctionnaire *« d'exercer une activité commerciale, artisanale ou industrielle, une profession libérale ou une activité rémunérée du secteur privé sans l'autorisation préalable du ministre du ressort prise sur avis préalable conforme du ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative »*, sous la précision que *« cette disposition s'applique également aux activités du négoce d'immeubles »*, ainsi que *« de participer à la direction, à l'administration ou à la surveillance d'une entreprise commerciale ou d'un établissement industriel ou financier sans l'autorisation préalable du ministre du ressort prise sur avis préalable conforme du ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative »*.

En l'espèce, le dossier disciplinaire, considéré et confronté aux pièces produites et aux arguments développés par les parties en cause, amène la Cour à retenir que :

QUANT A L'EXERCICE, PAR L'ENTREMISE DE DIFFERENTES SOCIETES, D'UNE ACTIVITE COMMERCIALE NON AUTORISEE

- l'intimé a la qualité d'associé et d'administrateur de plusieurs sociétés civiles immobilières, toutes établies et ayant leur siège social à son domicile privé, à savoir les sociétés ..., ..., ... et ... SCI ;

- concernant la société ..., c'est à juste titre que le Conseil de discipline a mis en exergue qu'entre 2005 et fin mars 2006, les parts de cette société ont été détenues majoritairement par une société anonyme à vocation commerciale (la société anonyme qui détenait 50 parts sur un total de 99 parts, les autres parts ayant été détenues par l'intimé ; étant précisé que par l'effet de l'annulation d'une part sociale le 31 mars 2006, les parts ont été réparties entre ladite société et l'intimé à raison de 49 parts chacun) et que sur le plan fiscal, par l'effet de la

« *Geprügetheorie* », son activité est ainsi réputée commerciale. Au-delà du spectre purement fiscal, auquel les premiers juges se sont essentiellement limités, il y a lieu de retenir que cette présomption fiscale ne reste pas sans incidence par rapport à la qualification en la présente matière des activités déployées par la société en question et à travers elle. En effet, il s'en dégage un indice relativement à une commercialité des activités réalisées à travers une structure - et fiction - juridique interposée. S'il est vrai que cet indice ne se trouve pas conforté par d'autres indices se situant au niveau de la société ..., l'on ne saurait limiter le champ de vue à cette seule société, mais il y a lieu de l'étendre aux autres sociétés dans lesquels l'intimé a un intérêt vérifié, étant relevé qu'il déclare effectuer à travers leur globalité la gestion de son patrimoine privé ;

- concernant les activités réalisées par la société ... et à travers elle, la Cour, tout comme le Conseil de discipline, entend relever le fait que cette société, qui a été propriétaire en tout de 6 immeubles, dont un (un appartement sis rue ...) a été acheté en 2001 pour être revendu en 2003, moyennant réalisation d'une plus-value brute de 70.000.- € et un autre (un appartement sis rue ...) a été acheté au mois de décembre 2003 pour être revendu dès le mois de janvier 2004, moyennant réalisation d'une plus-value brute de 20.000.- €, pour en dégager que bien que n'imposant point un constat d'une activité commerciale de par le nombre des actes d'achat-vente opérés, il s'agit cependant incontestablement d'opérations immobilières qui sont d'une envergure indéniable ; qu'elles ont été opérées dans un court laps de temps et qu'elles impliquent des mutations importantes au niveau du patrimoine immobilier tant de la société que de l'intimé. La Cour en dégage partant un indice supplémentaire quant au dépassement du cadre de la simple gestion d'un patrimoine privé. En effet, le but recherché paraît avoir été moins la recherche d'une conservation et d'une jouissance à long terme desdites propriétés immobilières, mais essentiellement une valorisation rapide du patrimoine moyennant ces mutations, caractéristique essentielle d'un esprit de lucre et d'une entreprise commerciale. L'indice de commercialité ainsi dégagé conforte indubitablement l'indice afférent déjà relevé au niveau de la société ... ;

- rejoignant les premiers juges sous ce rapport, la Cour entend insister sur ce qu'un indice relativement au caractère commercial des activités de la société ... transperce du fait que cette société intervient directement dans la gérance de la société commerciale ... S. à r.l., fait qu'il convient de considérer ensemble avec celui que l'intimé, en sa qualité d'administrateur de la société ..., a signé des actes d'achat et de vente de biens immobiliers pour le compte de cette société ... S. à r.l., de sorte qu'il y a eu participation directe incontestable à l'administration d'une entreprise commerciale de ce chef ;

- il échet encore de relever qu'il y a eu déploiement d'une activité de négoce d'immeubles pour le compte d'une autre société, en l'occurrence la société commerciale ... S. à r.l., gérée par la société ... ;

- force est enfin de constater que la structuration de la détention et de la gestion d'un patrimoine immobilier à travers une multitude de sociétés civiles et commerciales ne peut pas être considérée comme relevant d'une organisation normale de simple gestion d'un patrimoine privé et constitue ainsi un indice supplémentaire du caractère commercial des activités globalement considérées de l'intimé.

L'ensemble des éléments ci-avant dégagés, considérés en leur globalité, s'analysent en un faisceau d'indices concordants ayant permis au Conseil de discipline de qualifier les activités déployées par l'intimé comme empreintes de commercialité, lesquelles n'ont pas fait l'objet

d'une quelconque autorisation préalable, impliquant partant un manquement aux obligations énoncées par les articles 9 et 14 du statut général.

QUANT AU FAIT D'AVOIR CONTROLE ET AVISE UN BULLETIN D'IMPOT DE SON ASSOCIE, MONSIEUR ...

- l'intimé a contrôlé et avisé le bulletin d'impôt de son associé ... ; le fait afférent n'est d'ailleurs pas contesté ;

- même en l'absence de directives ou de lignes de conduite précises fixées par la loi ou la direction, le devoir d'indépendance et de neutralité inscrits à l'article 14 (1) du statut général appelle chaque fonctionnaire en général et ceux revêtant des fonctions hiérarchiquement élevées en particulier à s'abstenir en principe de connaître de tout dossier où appert un risque de conflit d'intérêt. En omettant de ce faire, le fonctionnaire commet une infraction à ses devoirs afférents. En effet, force est de constater que le seul risque d'un conflit d'intérêt est de nature à mettre en cause la crédibilité de l'administration publique. Or, en l'espèce, le risque d'un conflit d'intérêt est transperçant, le contribuable contrôlé par l'intimé, à savoir Monsieur ... étant bien plus qu'une simple connaissance de l'intimé, mais son partenaire en affaires ;

- s'il est vrai que l'intimé aurait valablement pu contrer le reproche par le fait d'avoir soumis son travail, en quelque sorte préparatoire, au contrôle du préposé de son bureau d'imposition, il n'en reste pas moins qu'il aurait convenu qu'il rende ce dernier attentif au problème concret posé par les relations qu'il entretient avec la personne dont il était appelé à vérifier les impositions, pour garantir que le préposé ait pu s'adonner en connaissance de cause à un contrôle efficace et averti. Or, il n'est pas établi que pareille information ait eu lieu.

Au regard de ces considérations, la Cour est amenée à se départager de l'appréciation des premiers juges et de retenir que l'intimé a gravement manqué à ses devoirs statutaires d'indépendance et de neutralité sous ce rapport, étant donné qu'en présence d'un fonctionnaire occupant le poste de préposé adjoint de son bureau d'imposition d'affectation, poste impliquant des pouvoirs et partant des responsabilités renforcées, et d'un risque de conflit d'intérêt patent, il ne saurait être question d'un simple manque de précaution, mais il convient de retenir une faute renforcée par omission d'informer son supérieur hiérarchique en bonne et due forme de l'existence de ces relations d'affaires afin de le mettre en mesure de juger de l'opportunité de faire traiter le dossier concerné par un autre fonctionnaire, respectivement de lui permettre de procéder à un contrôle approfondi et averti du travail de l'intimé.

QUANT AU FAIT D'AVOIR PROCEDE A L'ANNULATION D'UNE ASTREINTE PRONONCEE A L'ENCONTRE DE LA SOCIETE ...

Le Conseil de discipline a retenu un autre manquement aux exigences du statut général et, plus particulièrement à ses articles 9.1 et 10.1, 11 et 14.1 en raison de ce que l'intimé aurait procédé en date du 20 janvier 2006 à l'annulation d'une astreinte de 800.- € prononcée à l'encontre de la société ... sans s'être assuré que cette astreinte soit rétablie rapidement.

La Cour, sur base des éléments du dossier disciplinaire, retient de prime abord un manquement caractérisé par le fait, admis par l'intimé quant à sa matérialité, d'avoir utilisé et détourné le matériel informatique mis à sa disposition pour accéder aux informations stockées par le bureau d'imposition compétent pour connaître de l'imposition de la société

Il s'y ajoute que la Cour n'est pas convaincue du caractère accidentel de l'annulation de l'astreinte. En effet, l'accidentalité est contredite par la complexité des opérations à effectuer pour annuler une opération enregistrée dans le programme et par le fait que plutôt que de jouer franc jeu, l'intimé s'est obstiné à faire état de ce qu'il serait tombé par hasard sur l'astreinte lorsqu'il a accédé aux fichiers de la société ... tenus par le bureau compétent (*« En ce qui concerne concrètement le déroulement des faits je voudrais préciser que j'ai tapé le numéro de matricule de la société en question. J'ai ensuite démarré une application. Je ne me rappelle pas laquelle. Il est possible de démarrer plusieurs applications (...). Je ne sais plus pourquoi j'ai accédé à ces données, ni quelles données j'ai vérifiées. Je ne sais pas si j'aurais pu également procéder à des opérations dans le programme d'imposition de la société en question. (...) Ensuite j'ai accédé à l'application des astreintes. Il est probable que j'ai cherché à sortir du programme pour répondre à une demande de renseignements de Mme ... lorsque j'ai accidentellement annulé d'astreinte »*, procès-verbal d'audition de l'intimé du 8 mai 2006), alors qu'il est patent qu'il avait connaissance de l'existence de l'astreinte pour avoir réclamé, au nom de la société ..., mais sous sa signature, à son encontre dès le 11 novembre 2005.

D'ailleurs, l'intimé doit se faire reprocher que plutôt que d'informer son préposé, voire de s'adresser au service informatique, ce qui reste à l'état de simple allégation, il aurait convenu qu'il contacte directement le bureau d'imposition concerné pour reconnaître sa faute et pour voir rétablir l'astreinte.

Ce faisant l'intimé a encore méconnu ses devoirs et son obligation de remplir ses fonctions avec intégrité, de même qu'il a porté atteinte à la dignité de ses fonctions et il a enfreint les dispositions des articles 9.1, 10.1 et 14.1 du statut général. Le manquement est d'autant plus grave que l'intimé revêt les fonctions à responsabilité spéciale de préposé adjoint d'un bureau d'imposition, poste appelant la vérification d'une intégrité professionnelle et morale accrue.

Ceci étant, la Cour, appelée à son tour à procéder à l'appréciation du caractère proportionné de la sanction prononcée par le Conseil de discipline, est amenée à relever que les manquements de l'intimé à son obligation de se conformer consciencieusement aux lois et règlements qui déterminent les devoirs que l'exercice de ses fonctions lui impose, à ses devoirs statutaires d'indépendance et de neutralité et à son obligation de remplir ses fonctions avec intégrité, considérés dans leur ensemble, sont d'une gravité certaine.

Cet état des choses est *a priori* de nature à engendrer la sanction disciplinaire maximale de la révocation.

S'il est vrai que l'intimé peut mettre en balance et en sa faveur à titre de circonstances atténuantes une absence d'antécédents disciplinaires et une appréciation positive de son supérieur hiérarchique, il convient cependant d'y opposer deux circonstances aggravantes patentes, déjà retenues par le Conseil de discipline, à savoir le fait que l'intimé, persistant dans son attitude désinvolte, a créé, pendant la période de suspension, une société à responsabilité limitée unipersonnelle à objet clairement commercial sans y avoir été autorisé au préalable par le ministre du ressort, de sorte qu'au-delà du fait qu'il s'agit d'un itératif manquement dans son chef aux dispositions de l'article 14 du statut général, cette attitude documente que l'intéressé ne s'est toujours pas rendu à la raison, d'une part, et le fait que l'intimé a menti en affirmant lors de son audition du 8 mai 2006 n'être associé, gérant ou administrateur d'autres sociétés que celles mentionnées dans l'interrogatoire, alors qu'il était

depuis le 19 janvier 2006 détenteur de 50 parts de la société ... et administrateur de cette société, d'autre part.

Ainsi, au regard de l'ensemble des circonstances entourant les faits commis, la Cour arrive à la conviction que la sanction disciplinaire de la révocation, telle que retenue par le Conseil de discipline, constitue la sanction adéquate à prononcer.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'appel est justifié et, par réformation du jugement entrepris, le recours introduit par Monsieur ... contre la décision du Conseil de discipline des fonctionnaires de l'Etat du 7 novembre 2006 prononçant à son encontre la sanction disciplinaire de la révocation est à rejeter comme non justifié.

Au vu de l'issue du litige, il y a lieu d'imposer les frais des deux instances à l'intimé.

Par ces motifs,

la Cour administrative, statuant à l'égard de toutes les parties ;

reçoit l'appel du 29 novembre 2007 en la forme ;

le dit fondé et, **réformant**, déclare le recours introduit par Monsieur ... contre la décision du Conseil de discipline des fonctionnaires de l'Etat du 7 novembre 2006 prononçant à son encontre la sanction disciplinaire de la révocation non justifié, partant en déboute ;

condamne Monsieur ... aux frais des deux instances.

Ainsi jugé par :

Henri CAMPILL, premier conseiller,
Serge SCHROEDER, conseiller,
Lynn SPIELMANN, conseiller,

et lu par le premier conseiller en l'audience publique au local ordinaire des audiences de la Cour à la date indiquée en tête en présence du greffier en chef de la Cour Erny MAY.

s.MAY

s.CAMPILL

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 10 avril 2008
Le greffier de la Cour administrative